

VU Research Portal

Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses?

Zwart-Hink, Andrea; Seinen, Cindy

published in

Aansprakelijkheid verzekering & schade
2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zwart-Hink, A., & Seinen, C. (2020). Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses? Over de wenselijkheid en haalbaarheid van het invoeren van excuseswetgeving in Nederland. *Aansprakelijkheid verzekering & schade*, 2020(3), 85-96. [2020/15].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D3ADC5&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses?

Over de wenselijkheid en haalbaarheid van het invoeren van excuseswetgeving in Nederland

AV&S 2020/15

Over de juridische gevolgen van het aanbieden van excuses heerst onduidelijkheid. Wordt daarmee aansprakelijkheid erkend? Heeft het gevolgen voor de dekking die de aansprakelijkheidsverzekeraar verleent? In landen met een *common law* systeem zijn excuseswetten ingevoerd die een veilige haven moeten bieden voor mensen die excuses willen aanbieden, maar tegengehouden worden door de veronderstelling dat dit juridische consequenties kan hebben. In deze bijdrage verkennen wij of de (ervaren) obstakels rondom het aanbieden van excuses in Nederland vergelijkbaar zijn met die in *common law* landen en zo ja, in hoeverre het wenselijk en haalbaar is om ook hier excuseswetgeving in te voeren.

1. Inleiding

In de jaren 1970 kwam in de Amerikaanse staat Massachusetts de dochter van een senator om het leven, toen zij door een automobilist van haar fiets werd gereden. De automobilist bood in de periode na het ongeval geen excuses aan de nabestaanden aan. De vader, die het niet kon verkroppen dat de automobilist geen berouw had getoond, vernam later dat de bestuurder geen excuses had durven maken omdat hij bang was daarmee aansprakelijkheid te erkennen.

Deze gebeurtenis in Massachusetts zou rechtstreeks geleid hebben tot het ontwerp van de eerste excuseswet² in de Verenigde Staten. Deze in 1986 ingevoerde wet zou een veilige haven moeten bieden voor mensen die in een situatie als deze graag excuses willen aanbieden, maar tegengehouden worden door de veronderstelling dat dit juridische consequenties kan hebben.³ De betreffende bepaling luidt als volgt:

“Statements, writings or benevolent gestures expressing sympathy or a general sense of benevolence relating to the pain, suffering or death of a person involved in an accident and made to such person or to the family of such person shall be inadmissible as evidence of an admission of liability in a civil action.”⁴

Uitingen van medeleven richting een slachtoffer van een ongeval of diens familie kunnen onder deze wet “veilig” worden gedaan, in de zin dat die uitingen niet als bewijs kunnen dienen in een eventuele latere civiele procedure. Hiermee zou de angst om onbedoeld aansprakelijkheid te erkennen zijn weggenomen en het aanbieden van excuses of op een andere manier tonen van medeleven worden gestimuleerd.⁵

In 1999 volgde Texas het voorbeeld van Massachusetts met de invoering van een soortgelijke excuseswet⁶ en niet lang daarna volgden ook Californië (2000)⁷ en Florida (2001).⁸ Inmiddels zijn dergelijke wetten⁹ ingevoerd in de meerderheid van de landen met een zogenaamd *common law* systeem: in veel Amerikaanse staten, in Australië, Canada, het Verenigd Koninkrijk, Schotland en Hong Kong.¹⁰

Excuseswetten zijn niet allemaal identiek aan de geciteerde bepaling uit de *Massachusetts General Laws*. De manier waarop de wetten zijn vormgegeven verschilt, waarbij er niet alleen verschillen zijn *tussen* de landen, maar tevens tussen de verschillende staten en provincies *binnen* de landen. Het meest opvallend is het onderscheid in *type* bescherming. Grofweg is hier een verdeling te maken in drie varianten. De wetgeving beoogt een (vermeende) schadeveroorzaker die na een schadeveroorzakende gebeurtenis excuses aanbiedt te beschermen in die zin dat:

- a. aangeboden excuses niet van invloed zijn op de verzekeringsdekking; en/of

¹ Mr. drs. A.M. (Andrea) Zwart-Hink is docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. C.J.A. (Cindy) Seinen is rechter in de Rechtbank Den Haag en buitenpromovenda aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteurs danken Arno Akkermans en Dineke de Groot voor hun feedback op een eerdere versie van deze bijdrage. Citeerwijze: A.M. Zwart-Hink & C.J.A. Seinen, 'Excuseswetgeving: een veilige haven voor het spontaan aanbieden van excuses? Over de wenselijkheid en haalbaarheid van het invoeren van excuseswetgeving in Nederland', *AV&S* 2020/15, afl. 3.

² In de Verenigde Staten en andere (*common law*) landen worden deze wetten doorgaans *apology laws* genoemd.

³ Deze beschrijving van de geschiedenis van de eerste excuseswet is gebaseerd op hetgeen Lee Taft erover schrijft in Lee Taft, 'Apology Subverted: The Commodification of Apology', *Yale Law Journal* (1999-2000), vol. 109, issue 5, p. 1151 en voetnoot 82.

⁴ *Massachusetts General Laws* Chapter 233 § 23D.

⁵ Bijvoorbeeld Robyn Carroll, Christopher To & Marc Unger, 'Apology Legislation and its Implications for International Dispute Resolution', *Dispute Resolution International* (2015), vol. 9, no. 2, p. 118-119.

⁶ *Texas Civil Practice & Remedies Code* § 18.061 ("Communications of Sympathy").

⁷ *California Code, Evidence Code* § 1160.

⁸ *Florida Statutes* Title 7 § 90.4026.

⁹ Naast excuseswetten die op zichzelf staan, zijn er tevens excusesbepalingen die opgenomen in andere wetten. In deze bijdrage worden de begrippen door elkaar gebruikt.

¹⁰ Voor een uitgebreid overzicht van excuseswetten en -bepalingen tot en met het jaar 2014 in Australië, Canada, de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Hong Kong, zie Nina Khouri, 'Sorry Seems to Be the Hardest Word: the Case for Apology Legislation in New Zealand', *New Zealand Law Review* (2014), no. 4, Appendix Two.

- b. bevestigt wordt dat excuses geen erkenning van aansprakelijkheid inhouden; en/of
- c. de excuses worden uitgesloten als bewijsmiddel in een gerechtelijke procedure.

In § 2.1. wordt nader ingegaan op deze verschillende varianten.

Er zijn wetten die op zichzelf staan, maar ook bepalingen die zijn opgenomen in bijvoorbeeld *civil liability, compensation, evidence of personal injury acts*. Ook het rechtsgebied waarop de wetten van toepassing zijn, verschilt. Sommige wetten zijn van toepassing op alle civiele procedures, andere bijvoorbeeld alleen in letselschadezaken. In de Verenigde Staten is het toepassingsgebied van de meeste excuseswetten beperkt tot zaken die zich afspelen in een medische context.¹¹

Hoe verschillend de in de afgelopen decennia ingevoerde excuseswetgeving ook is, de redenen voor invoering ervan zijn min of meer dezelfde. Net als in Nederland¹² groeit in *common law* landen het besef dat (meer) aandacht moet worden besteed aan immateriële behoeften van slachtoffers. Erkenning, openheid en het aanbieden van excuses zijn belangrijk en kunnen het herstel van benadeelden bevorderen, zo blijkt uit verschillende onderzoeken.¹³ Tegelijkertijd lijkt het in veel landen niet duidelijk te zijn wat de juridische gevolgen zijn van het aanbieden van excuses. Wordt daarmee aansprakelijkheid erkend? En, daaraan verwant, heeft het aanbieden van excuses gevolgen voor de dekking die de aansprakelijkheidsverzekeraar verleent? Onduidelijkheid over het antwoord op dergelijke vragen kan juridische hulpverleners ertoe doen besluiten hun cliënten te adviseren maar geen excuses aan te bieden.¹⁴ Met excuseswetten willen wetgevers de juridische consequenties van het aan-

bieden van excuses verduidelijken en (juridische) belemmeringen voor het aanbieden van excuses wegnemen, om het aanbieden van excuses te stimuleren.¹⁵

Ook in Nederland leeft de vraag of excuses “veilig” kunnen worden aangeboden.¹⁶ De publieke veronderstelling lijkt te zijn dat het aanbieden van excuses een erkenning van aansprakelijkheid kan inhouden. Het resultaat daarvan is dat vaak niet open wordt gesproken over een schadeveroorzakende gebeurtenis en dat terughoudendheid wordt betracht als het gaat om het aanbieden van excuses.¹⁷ Dit roept de vraag op of Nederland het voorbeeld van de genoemde *common law* landen zou moeten volgen.

In deze bijdrage verkennen wij of de (ervaren) obstakels rondom het spontaan aanbieden van excuses, waarvoor in *common law* landen een oplossing is gezocht in het invoeren van excuseswetgeving, hier in zekere zin vergelijkbaar zijn en zo ja, in hoeverre het wenselijk en haalbaar is om ook in Nederland excuseswetgeving in te voeren. Daarvoor gaan wij in § 2 eerst in op de kenmerken van de verschillende varianten excuseswetgeving en staan wij in § 3 stil bij de doelen en effecten ervan. In § 4 onderzoeken wij of de problemen waarvoor excuseswetgeving een oplossing zou kunnen bieden ook in Nederland spelen, waarna wij de mogelijkheden en moeilijkheden verkennen die in het Nederlandse recht aan dergelijke wetgeving zouden kleven. In § 5 komen wij tot de analyse dat er redenen én mogelijkheden zijn om de Nederlandse wet te verrijken met een excusesbepaling, maar dat het op dit moment nog te onduidelijk is of excuseswetgeving de beoogde effecten heeft.

2. Excuseswetgeving: stand van zaken

2.1 Drie varianten excuseswetgeving

Zoals gezegd zijn de elders ingevoerde excuseswetten in te delen in drie varianten. In deze paragraaf gaan wij nader in op de kenmerken van iedere variant, en geven wij per variant kort aan of we in Nederland iets soortgelijks kennen, voordat wij daar in § 4 dieper op ingaan.

a. Excuses: geen invloed op verzekeringsdekking

In veel landen, ook in Nederland,¹⁸ bevatten veel polissen van aansprakelijkheidsverzekeringen een clausule die bepaalt dat het de verzekerde in geval van (mogelijke) schade

11 Zie voor een overzicht Khouri 2014, Appendix Two.

12 Onder andere B.S. Laarman e.a., *OPEN: open en eerlijke omgang na klachten en incidenten in het ziekenhuis*. Schriftelijk verslag van project OPEN, Utrecht: NIVEL 2016, § 2.1. S.D. Lindenbergh & A.J. Akkermans, 'Inleiding', in: S.D. Lindenbergh & A.J. Akkermans (red.), *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, J.L. Smeehuijsen e.a., *Opgang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, Amsterdam: VU 2013, § 2.4 en 3.4 en A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007, nummer 4.

13 Bijvoorbeeld T. Relis, "'It's Not About The Money!' A Theory on Misperceptions of Plaintiff's Litigation Aims", *University of Pittsburgh Law Review* (2007), vol. 68, issue 3. Zie tevens Van Dijk en Wijntjens, die beiden een overzicht geven van buitenlands onderzoek op dit gebied. G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2015/1787, § 2 en L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016/7092, § 1.

14 Carroll, To & Unger 2015, p. 129, Prue Vines, 'Apologies and Civil Liability in the UK: a View from Elsewhere', *The Edinburgh Law Review* (2008) vol. 12, p. 205 en Jonathan R. Cohen, 'Advising clients to apologize', *Southern California Law Review* (1998), vol. 72, p. 1010. In de Nederlandse literatuur is een dergelijk advies verwoord door K.P. Hoogenboezem & M.C. Hees in 'Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid', *WPNR* 2014/7025, § 5. Anders: A.M. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid', *NJB* 2017/2032, afl. 38, p. 2808.

15 Zie bijvoorbeeld Wannes Vandenbussche, 'Introducing Apology Legislation in Civil Law Systems. A New Way to Encourage Out-of-Court Dispute Resolution' (August 23, 2018), p. 19. Beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3237528>, Prue Vines, 'Apologising for Personal Injury in Law: Failing to Take Account of Lessons from Psychology in Blameworthiness and Propensity to Sue', *Psychiatry, Psychology and Law* (2015), vol. 22, no. 4, p. 625 en Robyn Carroll, 'When "Sorry" is the Hardest Word to Say, How Might Apology Legislation Assist?', *Hong Kong Law Journal* (2014), vol. 44, part 2, p. 494.

16 Zie onder andere Zwart-Hink 2017, Wijntjens 2016 en Hoogenboezem en Hees 2014.

17 Zwart-Hink 2017, p. 2800.

18 J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (oratie Amsterdam VU), Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2006, p. 11-12. Zie ook Zwart-Hink 2017, p. 2802-2803.

niet is toegestaan schuld of aansprakelijkheid te erkennen.¹⁹ Wie zo'n bepaling schendt, handelt in strijd met de verzekeringsovereenkomst en loopt het risico verstoken te blijven van verzekeringsdekking.²⁰ Omdat het aanbieden van excuses na een schadeveroorzakende gebeurtenis in die landen regelmatig wordt opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid, stellen sommige verzekeraars daardoor te zijn benadeeld, wat negatieve gevolgen heeft voor de verzekerde die de excuses heeft aangeboden. Excuseswetten die bepalen dat het aanbieden van excuses geen invloed heeft op de verzekeringsdekking, bieden hiervoor een "oplossing". Zo bepaalt *section 2* van de Canadese *British Columbia Apology Act* bijvoorbeeld het volgende:

"1. An apology made by or on behalf of a person in connection with any matter

(...)

c) (...) does not, despite any wording to the contrary in any contract of insurance and despite any other enactment, void, impair or otherwise affect any insurance coverage that is available, or that would, but for the apology, be available, to the person in connection with that matter (...)"²¹

Als gezegd komen ook in Nederlandse verzekeringspolissen bedingen voor die verzekerden verbieden om aansprakelijkheid te erkennen. In § 4.1 gaan we in op de vraag of dit ook betekent dat in Nederland behoefte bestaat aan een wetsartikel zoals *section 2* van de *British Columbia Apology Act*.

b. Excuses: geen erkenning van aansprakelijkheid

Een andere variant van de excuseswetgeving bevestigt dat met het uiten van excuses geen fout en/of aansprakelijkheid wordt erkend. Deze bevestiging moet het voor de veroorzaker van een gebeurtenis die tot schade heeft geleid makkelijker maken om sympathie te tonen richting het slachtoffer, omdat hij niet bang hoeft te zijn onbedoeld aansprakelijkheid te erkennen. Overigens is de angst om onbedoeld aansprakelijkheid te erkennen soms terecht,²² maar zeker niet altijd. In sommige *common law* landen houden excuses ook zonder wettelijke bescherming geen erkenning van aansprakelijkheid in. Zo is in het Verenigd Koninkrijk in 2006 de volgende eenvoudige bepaling opgenomen in de *Compensation Act*:

"An apology, an offer of treatment or other redress, shall not of itself amount to an admission of negligence or breach of statutory duty."²³

De toelichting bij deze bepaling in de *explanatory notes* bij de wet is beknopt en helder:

"This provision is intended to reflect the existing law."²⁴

Deze (enige) toelichting impliceert dat excuses al vóór invoering van de bepaling op zichzelf geen erkenning van aansprakelijkheid inhielden. De bepaling doet dus niet veel meer dan bevestigen en benadrukken wat het recht al was.

Uit verslagen van de parlementaire debatten over de *Compensation Act* van het Verenigd Koninkrijk blijkt dat de indiener van het amendement dat tot de excusesbepaling heeft geleid, de bedoeling had de kennelijk heersende veronderstelling dat in het Verenigd Koninkrijk een "claimcultuur" bestond, de das om te doen. De bedoeling was het publiek te informeren en gerust te stellen:

"There is certainly a public perception that you should not say sorry, especially after a bump in a car or something like that, because it immediately prejudices your case and will be the first thing that the insurance company will worry about. If we are told that it does not matter whether or not you say sorry—as we probably will be—why do we not state that clearly in the Bill? We are trying to make some declaratory statements at the start of it to ensure that people understand the current law."²⁵

Hoewel men het niet eens is over de vraag of Nederland ook een (vermeende) claimcultuur heeft,²⁶ staat wat ons betreft wel vast dat de veronderstelling dat je maar beter geen excuses kunt aanbieden ook hier breed leeft.²⁷ Pleit dit voor invoering van een bepaling die vergelijkbaar is met de *Compensation Act*? Op deze vraag komen wij in § 4.2 terug.

c. Excuses: bewijsuitsluiting

De meeste excuseswetten bieden in ieder geval de bescherming dat excuses die in een buitengerechtelijke procedure (mondeling of schriftelijk) zijn aangeboden, in een latere civiele procedure niet toelaatbaar zijn als bewijs voor aansprakelijkheid. Ook als het aanbieden van excuses juridisch gezien in beginsel niet kan worden opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid is het goed mogelijk dat een jury of rechter zich (onbewust) laat beïnvloeden wanneer uit bewijsmiddelen blijkt dat excuses zijn aangeboden. Bij twijfel over de aansprakelijkheid zal de beslissing in zo'n geval eerder nadelig zijn voor de gedaagde, zo is de gedachte.²⁸

19 Vines 2008, p. 212–213. Vanuit Amerikaans perspectief: Cohen 1998, p. 1025.

20 In Nederland is dit anders. Zie daarover Zwart-Hink 2017, p. 2802–2803. Anders: Hoogenboezem en Hees 2014, § 5.

21 *Apology Act* [SBC 2006], Chapter 19, section 2.

22 Bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, zie Cohen 1998, p. 1029.

23 *Compensation Act 2006*, section 2. Deze bepaling is krachtens *Compensation Act 2006* section 17(1) van toepassing in Engeland en Wales, maar niet in Schotland. Schotland heeft sinds 2016 een eigen excuseswet.

24 *Explanatory notes* bij de *Compensation Act 2006*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/notes>, nr. 18.

25 Hansard 20 Dec 2005 col GC 282 (Lords) (The Earl of Erroll).

26 Bijvoorbeeld J.M. Vermolen & W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *NTBR* 2017/35, afl. 8 en T. Kremer, 'Is er anno 2016 een claimcultuur?', in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 23/2.

27 Zwart-Hink 2017, p. 2800.

28 Prue Vines, 'The Power of Apology: Mercy, Forgiveness or Corrective Justice in the Civil Liability Arena?', *The Journal of Law and Social Justice* (2007), vol. 1, art. 5, p. 37.

Enkele jaren geleden is in Schotland de *Apologies (Scotland) Act 2016* in werking getreden, waarvan het eerste artikel een dergelijke bescherming biedt:

“1. Effect of apology in legal proceedings

In any legal proceedings to which this Act applies, an apology made (outside the proceedings) in connection with any matter—

- a. is not admissible as evidence of anything relevant to the determination of liability in connection with that matter, and
- b. cannot be used in any other way to the prejudice of the person by or on behalf of whom the apology was made.”²⁹

Bewijsuitsluiting heeft in de praktijk nogal wat haken en ogen,³⁰ die door het Nederlandse rechtssysteem nog eens worden versterkt. Een mogelijkheid om excuses als bewijs uit te sluiten lijkt bijvoorbeeld rechtstreeks in te druisen tegen de in Nederland op partijen rustende plicht om in een civiele procedure de waarheid te vertellen. In § 4.3 gaan wij hierop uitgebreid in.

2.2 Het begrip apology

Verdiept men zich in excuseswetgeving, dan ligt het voor de hand te onderzoeken wat in deze wetten onder het begrip *excuses* wordt verstaan. Opvallend is dat de betekenis van dit begrip in verschillende regelingen behoorlijk verschilt. Grofweg kan men zeggen dat sommige wetten *partial apologies* beschermen, en andere *full apologies*.³¹

De wetten die *partial apologies* beschermen, beschermen in feite “kale” excuses die geen erkenning inhouden. Daarmee wordt bedoeld op uitspraken als “*I’m sorry you are suffering*” of “*I’m sorry for your loss*”.³² In de wetten die *full apologies* beschermen, is opgenomen dat óók vormen van erkenning die met de excuses gepaard gaan onder de bescherming van de wet vallen. Onder deze wetten is het mogelijk excuses aan te bieden of op een andere manier medeleven te tonen en daarbij verantwoordelijkheid uit te spreken of aansprakelijkheid te erkennen, zonder dat dit gevolgen heeft voor, bijvoorbeeld, de latere beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag.

Nog niet zo lang geleden heeft Hong Kong, als eerste Aziatische land, een excuseswet ingevoerd. Uniek is dat de betekenis die in deze wet aan het begrip *apology* is gegeven nog ruimer is dan de gebruikelijke betekenis van *full apology*. In de *Apology Ordinance* van Hong Kong valt zelfs een in een

verontschuldiging verpakte uitspraak over *feiten* binnen de definitie.³³

In de praktijk blijkt de vraag welke uitingen excuseswetten wel en niet beschermen niet altijd duidelijk aangegeven in de wet of toelichting daarbij. Dit leidt in een enkel geval tot gerechtelijke procedures. In Ohio, Verenigde Staten, resulteerde dat in de zaken *Davis v. Wooster Orthopaedics & Sportsmedicine, Inc.*³⁴ en *Stewart v. Vivian*.³⁵ In beide zaken verschilden partijen van mening over het antwoord op de vraag of de *apology statute* van Ohio *full of partial apologies* beschermt.³⁶ Geprocedeerd werd over de vraag of een bepaalde uitspraak³⁷ moest worden geïnterpreteerd als een verontschuldiging en (dus) al dan niet mocht worden uitgesloten als bewijs in die procedure. Datgene wat naar onze mening centraal zou moeten staan – de vraag wie aansprakelijk is voor de schade van de eisende partij – verdween daarmee naar de achtergrond. Alleen hierom al is het voor de beantwoording van de vraag of het zinvol is om ook in Nederland excuseswetgeving in te voeren, van belang scherp te stellen welke uitingen een eventuele wet precies zou beschermen.

3. Theorie en praktijk

3.1 Doelen en achtergrond

In de inleiding is al vermeld dat de wereldwijd ingevoerde excuseswetten voornamelijk zijn ingevoerd om de juridische consequenties van het aanbieden van excuses te verduidelijken, en om bepaalde (juridische) belemmeringen voor het aanbieden van excuses weg te nemen. Dit alles om het aanbieden van excuses te bevorderen.³⁸ Nadere bestudering van de literatuur over de ontstaansgeschiedenis en de parlementaire stukken van de regelingen leidt echter tot de conclusie dat de achterliggende doelen anders, althans breder zijn. Vanwege de aanname dat de afwikkeling van een buitengerechtelijke procedure minder goed verloopt wanneer wordt verzuimd openheid te geven en excuses aan te bieden, lijkt de verwachting vaak te zijn dat het bieden van een veilige haven in de vorm van het invoeren van excuseswetgeving een afname van het aantal gerechtelijke procedures en mogelijk ook een verlaging van uit te keren

²⁹ *Apologies (Scotland) Act 2016*.

³⁰ Zie bijvoorbeeld de Canadese zaak *Robinson v. Cragg*, 2010 ABQB 743, die in § 3.3. van deze bijdrage wordt genoemd. Geprocedeerd werd over de vraag welk gedeelte van een excuusbrief moest worden uitgesloten van bewijs.

³¹ Ook in zo goed als alle literatuur over juridische aspecten van excuses wordt dit onderscheid gemaakt.

³² Voorbeelden uit Taft 1999-2000, p. 1152.

³³ *Apology Ordinance Hong Kong* (2017), section 4(3)(b): ‘The apology also includes any part of the expression that is (...) a statement of fact in connection with the matter.’

³⁴ *Davis v. Wooster Orthopaedics & Sports Medicine, Inc.*, 2011-Ohio-3199.

³⁵ *Stewart v. Vivian*, 2016-Ohio-2892.

³⁶ De wet (Ohio’s apology statute, R.C. 2317.43) bepaalt namelijk dat ‘any and all statements, affirmations, gestures, or conduct expressing apology, sympathy, commiseration, condolence, compassion, or a general sense of benevolence’ onder de bescherming van de wet vallen.

³⁷ In de zaak *Davis v. Wooster Orthopaedics & Sports Medicine, Inc.* ging het om een uitspraak van een arts, die na afloop van een operatie waarbij iemand was overleden had gezegd dat ‘the back surgery went okay but he nicked an artery, and he takes full responsibility and it was [his] fault’. In de zaak *Stewart v. Vivian* werd een psychiater aansprakelijk gesteld voor de dood van een psychiatrische patiënte. De psychiater zou hebben gezegd dat ‘he didn’t know what happened; it was a terrible situation, but she had just told him that she still wanted to be dead, that she wanted to kill herself’.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Vandenbussche 2018, Vines 2015, p. 625 en Carroll 2014, p. 494.

schadevergoedingsbedragen tot gevolg zal hebben. Deze verwachting lijkt in verschillende landen een (bijkomende) belangrijke reden te zijn geweest voor het introduceren van excuseswetgeving.³⁹ Of de verwachte effecten in de praktijk daadwerkelijk zou uitpakken, is nog niet of nauwelijks onderzocht.

3.2 Effecten

Het is maar de vraag of de verschillende doelstellingen (zowel het bevorderen van excuses als het terugdringen van het aantal gerechtelijke procedures en verlaging van te betalen schadevergoeding) van de in de afgelopen decennia ingevoerde wetten gehaald zijn, en of zij *überhaupt* kunnen worden gehaald. Tot nu toe is er weinig onderzoek gedaan naar de effecten van excuseswetgeving. Dit is niet verwonderlijk: dergelijke effecten zijn moeilijk te meten. Stel dat na de invoering van een excuseswet in met elkaar vergelijkbare zaken vaker spontaan excuses worden aangeboden, of blijkt dat minder wordt geprocedeerd, dan zouden dat effecten kunnen zijn van de wet, maar het is ook denkbaar dat er een bredere trend gaande is – die er mogelijk mede toe heeft geleid dat de excuseswet ingevoerd is – die dit effect veroorzaakt.⁴⁰

Ons zijn twee studies bekend naar de effecten van excuseswetgeving die recent in de Verenigde Staten is ingevoerd; beide onderzoeken zien op de afwikkeling van medische incidenten (*medical malpractice*).

Ho en Liu hebben onderzocht wat de impact van excuseswetgeving zou zijn op het aantal en de hoogte van uitbetaalde schikkingsbedragen.⁴¹ Daarvoor maakten zij gebruik van de *National Practitioner's Data Bank (NPDB) Public Access File*, een databank waarin sinds 1991 alle bedragen worden geregistreerd die door zorginstellingen in de Verenigde Staten na medische incidenten worden uitgekeerd. De onderzoekers gebruikten uit de databank alle zaken die buiten een gerechtelijke procedure om finaal zijn afgewikkeld en waarbij aan het slachtoffer een bedrag is uitgekeerd (zogenaamde *closed claims with positive payment*). Vertrekpunt van het onderzoek was de aanname dat met de invoering van excuseswetgeving de "risico's" die met het aanbieden van excuses gepaard zouden gaan, afgenomen waren, en artsen als gevolg daarvan vaker hun excuses zouden aanbieden.⁴² Kort gezegd vergeleken de onderzoekers vervolgens het aantal zaken in de categorie *closed claims with positive payment* en de gemiddelde hoogte van de uitgekeerde be-

dragen in die zaken vóór invoering van de excuseswetgeving met dezelfde gegevens ná de invoering daarvan.⁴³

Uitkomst van de studie van Ho en Liu is dat na invoering van excuseswetgeving het aantal zaken dat buitengerechtelijk wordt opgelost lijkt toe te nemen en, in zaken waarbij het letsel zwaar of blijvend is, de gemiddelde bedragen waarvoor geschikt wordt lager lijken te zijn. In zaken waarbij sprake is van licht letsel, lijkt geen invloed te zijn op de hoogte van de schikkingsbedragen, maar wel lijkt er een positieve invloed te zijn op het aantal zaken dat buiten een gerechtelijke procedure om wordt opgelost.⁴⁴ Afgaande op deze resultaten zouden de met de invoering van excuseswetten beoogde effecten zijn bereikt.

Ook McMichael *et al* deden onderzoek naar de effecten van excuseswetgeving en ook deze studie ziet op de afwikkeling van medische incidenten in de Verenigde Staten. In het bijzonder is onderzocht wat het effect van de wetgeving is op het risico op aansprakelijkheidsclaims in zaken waarin mogelijk sprake is van een medisch incident.⁴⁵ Daarvoor maakten zij gebruik van een database van een grote nationale medische aansprakelijkheidsverzekeraar.⁴⁶ Net als Ho en Liu, hebben McMichael *et al* niet onderzocht of het invoeren van excuseswetgeving ervoor zorgt dat vaker spontaan excuses worden aangeboden, maar hebben zij dit *aangenomen* en die assumptie als startpunt van het onderzoek genomen.⁴⁷

Opvallend genoeg kwamen Mc Michael *et al* tot de conclusie dat de met de invoering van excuseswetgeving beoogde doelen *niet* zijn bereikt.⁴⁸ Los van de tegenstrijdige resultaten valt op dat in beide onderzoeken de, naar onze mening zeer belangrijke, voorvraag mist of de wetgeving daadwerkelijk het effect heeft dat vaker excuses worden aangeboden. Ho en Liu, noch McMichael *et al* onderzoeken deze voorvraag, maar nemen daarentegen aan dat het antwoord erop bevestigend luidt. En dat terwijl die voorvraag voor zover bekend nog niet eerder is onderzocht, laat staan bevestigend beantwoord. Daar komt nog bij dat naar onze mening veel valt af te dingen op de veronderstelling dat het doel, of een achterliggend doel, van excuseswetgeving zou moeten zijn de afname van het aantal procedures. In § 5 gaan wij hier nader op in.

3.3 Case law

Niet alleen empirische onderzoeksresultaten naar excuseswetgeving zijn schaars, ook jurisprudentie is er niet in overvloed. Dat is niet verwonderlijk: de meeste wetten be-

39 Bijvoorbeeld, over Schotland: de *Explanatory notes* behorende bij de in 2016 ingevoerde *Apologies (Scotland) Bill*, [https://www.parliament.scot/S4_Bills/Apologies%20\(Scotland\)%20Bill/b60s4-introd-en.pdf](https://www.parliament.scot/S4_Bills/Apologies%20(Scotland)%20Bill/b60s4-introd-en.pdf), p. 7, over Australië: Vines 2007, p. 32-33 en voetnoot 107 en over Californië: William K. Bartels, 'The Stormy Seas of Apologies: California Evidence Code Section 1160 Provides a Safe Harbor for Apologies Made after Accidents', *Western State University Law Review* (2000-2001), vol. 28, p. 141.

40 Carroll 2014, p. 499. Ho en Liu, wiens onderzoek in deze paragraaf wordt besproken, besteden hier ook aandacht aan in hun methodologische verantwoording.

41 Benjamin Ho and Elaine Liu, 'Does sorry work? The impact of apology laws on medical malpractice', *Journal of Risk and Uncertainty* (2011), Vol. 43, issue 2, p. 141-167.

42 Ho and Liu 2011, p. 142.

43 Ho and Liu 2011, p. 143.

44 Ho and Liu 2011, p. 163 en § 4.

45 Benjamin J. McMichael e.a., "'Sorry' is Never Enough: How State Apology Laws Fail to Reduce Medical Malpractice Liability Risk", 71 *Stanford Law Review* 341 (2019).

46 McMichael e.a. 2019, p. 347.

47 McMichael e.a. 2019, p. 370. Kritiek op deze aanname: 'The Folly of the Vanderbilt Apology Law Study', *Sorry Works!*, February 15, 2017, <https://sorryworks.net/blog/1918>.

48 McMichael e.a. 2019, p. 384.

palen dat aangeboden excuses niet als bewijs ingebracht mogen worden in een gerechtelijke procedure. Als de desbetreffende wet zijn werk doet, zal er in de jurisprudentie niet veel over te vinden zijn. De jurisprudentie die er is, gaat ofwel over de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip *apology* (zie de in § 2.1. genoemde zaken *Davis v. Wooster Orthopaedics & Sportsmedicine, Inc.*⁴⁹ en *Stewart v. Vivian*⁵⁰), dan wel over de vraag welk gedeelte van een excuses bevattend(e) document of uitspraak in de procedure ontoelaatbaar is. Een voorbeeld hiervan is de Canadese zaak *Robinson v. Cragg*,⁵¹ die in de internationale literatuur over excuseswetgeving regelmatig wordt aangehaald.⁵²

In deze zaak claimde de eiser, een investeerder, dat als gevolg van een beroepsfout van zijn advocaat een aan een projectontwikkelaar uitgeleend bedrag volledig verloren was gegaan. In een brief die de betreffende advocaat na de vermeende beroepsfout aan eiser had gestuurd, stond onder andere het volgende:

"It only came to my attention that we have mistakenly filed Discharges of Mr. Robinson's security when I received an e-mail from Mr. Jaeger in late February wishing to confirm the registration order of the Jaeger et al mortgage and Mr. Robinson's mortgage at Land Titles. I assure you that our registration of the Discharges was through inadvertence and I apologize for doing so. As you are aware, Mr. Robinson's original security was registered in August of 2005 and June of 2006. The Jaeger et al security was registered in August of 2007. Clearly the Jaeger et al mortgage was behind Mr. Robinson security and it was only through the inadvertence of my office that the situation has now changed."⁵³

De rechter in deze zaak besliste dat alleen de onderstreepte passages moesten worden weggelaten uit de procedure. Aangezien in de brief feiten werden erkend die relevant waren voor de aansprakelijkheidsvraag en losstonden van de excuses, was de rest van de brief wel toelaatbaar.

Past deze benadering van bewijsmiddelen in het Nederlandse bewijsrecht? Op die vraag gaan wij in § 4 nader in.

4. Excuseswetgeving in Nederland: wenselijk en haalbaar?

In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of de problemen waarvoor de drie besproken varianten excuseswetgeving een oplossing zouden kunnen bieden, ook in Nederland spelen. Daarbij bespreken we eerst de minst vergaande variant waarin aangeboden excuses niet van invloed zijn op de

verzekeringsdekking, dan de variant waarin excuses geen erkenning van aansprakelijkheid inhouden, en tenslotte de variant waarin excuses worden uitgesloten als bewijsmiddel in een procedure.

4.1 Excuses: geen invloed op verzekeringsdekking

4.1.1 Speelt het hiermee op te lossen probleem in Nederland?

Ook in Nederland bevatten sommige verzekeringspolissen bedingen die verzekerden verbieden om aansprakelijkheid te erkennen.⁵⁴ Een voorbeeld van zo'n polisbeding is het volgende:

"15. Wat doet een verzekerde niet bij schade?
Zeggen dat hij wel of niet schuldig is.
Zeggen dat hij wel of niet aansprakelijk is.
Betalen voor de schade.
Iets wat nadelig is voor ons."⁵⁵

Bedingen als deze wekken de indruk dat een terughoudende opstelling na een schadeveroorzakende gebeurtenis de norm is. Hoogenboezem en Hees raadden professionals aan om in het geval van een beroepsfout "beperkt, en zeer secuur, tekst en uitleg te geven en terughoudend te zijn met het maken van excuses", teneinde te voorkomen dat deze uitleg en excuses "in redelijkheid" mogen worden opgevat als erkenning van aansprakelijkheid.⁵⁶ Hierdoor zou de professional namelijk het risico lopen de dekking onder zijn aansprakelijkheidsverzekering te verliezen en er bij de wederpartij mogelijk valse verwachtingen worden geschept omtrent de mogelijkheid om schadevergoeding te ontvangen.⁵⁷

4.1.2 Noodzaak van nadere regelgeving

De hiervoor bedoelde polisbedingen kunnen ook bij Nederlandse verzekerden twijfel oproepen over wat zij mogen zeggen, wat ertoe kan leiden dat sommigen dan maar niets zeggen. Dit zou indruisen tegen het ook in Nederland levende besef dat erkenning, openheid en excuses belangrijk zijn en het herstel van benadeelden kunnen bevorderen.⁵⁸ Een wettelijke regeling zoals men in Canada kent, zou ook hier kunnen bevestigen dat het aanbieden van excuses geen gevolg heeft voor de verzekeringsdekking.

Het goede nieuws is dat ons Burgerlijk Wetboek sinds 2006 al een 'beschermende' bepaling⁵⁹ kent. Art. 7:953 BW luidt:

⁴⁹ Zwart-Hink 2017, p. 2802.

⁵⁰ Centraal Beheer Voorwaarden Woonhuisverzekering, Aansprakelijkheid (AVP-RV-01-191).

⁵¹ Hoogenboezem & Hees 2014, § 5. Anders: Zwart-Hink 2017.

⁵² Hoogenboezem & Hees 2014, § 5.

⁵³ Laarman 2016, § 2.1, S.D. Lindenbergh & A.J. Akkermans, *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, Smeehuijzen e.a. 2013, § 2.4 en 3.4 en Akkermans en Van Wees 2007.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 32: "Het onderhavige artikel voorkomt dat de verzekerde die terecht zijn aansprakelijkheid erkent, van uitkering verstoken blijft."

⁴⁹ *Davis v. Wooster Orthopaedics & Sports Medicine, Inc.*, 2011-Ohio-3199.

⁵⁰ *Stewart v. Vivian*, 2016-Ohio-2892.

⁵¹ *Robinson v. Cragg*, 2010 ABQB 743.

⁵² Bijvoorbeeld J.C. Kleefeld, 'Promoting and Protecting Apologetic Discourse through Law: A Global Survey and Critique of Apology Legislation and Case Law', *Oñati Socio-legal Series* [online] (2017), vol. 7, no. 3, p. 484, Carroll 2014, p. 507-509 en Khouri 2014, p. 624-625.

⁵³ *Robinson v. Cragg*, 2010 ABQB 743, onder 7.

“Indien een verzekering tegen aansprakelijkheid bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.”

Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat het de verzekerde niet mag worden verboden de waarheid te zeggen, althans dat aan overtreding van zo'n verbodsbepaling geen gevolgen mogen worden verbonden.⁶⁰ Hiermee zijn dus niet slechts *partial*, maar ook *full apologies* wettelijk beschermd – mits zij een *terechte* erkenning van aansprakelijkheid bevatten. Als de verzekerde zonder juridische consequenties de gehele waarheid mag zeggen, lijkt een regeling ter bescherming van het mindere – het uitspreken van excuses – in Nederland daarom niet nodig. Aan de andere kant geldt deze bescherming alleen voor erkenningen van aansprakelijkheid die ook achteraf juist blijken te zijn. Dit impliceert dat de verzekerde voorafgaand aan het uitspreken van een excuus een afweging maakt. Is hij werkelijk aansprakelijk, dan kan hij zonder gevolgen een volledig excuus uitspreken. Maar wat is wijsheid bij onduidelijkheid over de aansprakelijkheidsvraag? Wanneer zegt de verzekeraar onbedoeld *te veel*? Zo verkeert de verzekerde toch in de onzekerheid die de wetgever met art. 7:953 BW juist wilde wegnemen.⁶¹ Kortom, het artikel is een stap in de goede richting, maar biedt nog geen volledige oplossing.

4.2 Excuses: geen erkenning van aansprakelijkheid

4.2.1 Speelt het hiermee op te lossen probleem in Nederland?

In een eerder artikel beschreef Zwart-Hink een Nederlandse zaak waarin bij een operatie aan het oor, de aangezichtszenuw van de patiënte beschadigd raakte. De betrokken KNO-arts was ervan overtuigd een fout te hebben gemaakt, bood in tranen bloemen en excuses aan en riep de patiënte op hem aansprakelijk te stellen.⁶² In het artikel betoogde Zwart-Hink dat het aanbieden van excuses, en in sommige gevallen zelfs een letterlijke erkenning van aansprakelijkheid, in Nederland vrijwel nooit kan worden opgevat als een erkenning van aansprakelijkheid in juridische zin.

4.2.2 Noodzaak van nadere regelgeving

Wie – met ons – meent dat zuivere excuses in Nederland vrijwel nooit kunnen gelden als een erkenning van aansprakelijkheid, zou kunnen concluderen dat in Nederland *dus* geen behoefte is aan een wet die excuses beschermt. Deze redenering gaat echter voorbij aan de in Nederland breed levende veronderstelling dat men beter geen excuses kan aanbieden, omdat daarmee *wél* aansprakelijkheid zou wor-

den erkend.⁶³ Een wet die het tegendeel bevestigt, zou deze breed levende veronderstelling kunnen wegnemen en zo toch het invoeren waard kunnen zijn.

4.3 Excuses: bewijsuitsluiting

4.3.1 Speelt het hiermee op te lossen probleem in Nederland?

Landen die ervoor kiezen om excuses te beschermen, kiezen het vaakst voor varianten waarin excuses worden uitgesloten als bewijs in procedures, omdat dit de meest vergaande bescherming biedt.⁶⁴ Gezien de breed levende veronderstelling dat men beter geen excuses kan aanbieden, welke veronderstelling onder meer wordt gevoed door de in § 4.1 bedoelde polisbepalingen, zou men ook in Nederland kunnen overwegen excuses uit te sluiten als bewijsmiddel. Tjittes heeft hiervoor al eens een lans gebroken.⁶⁵

Anders dan bij de andere varianten, kent het Nederlandse recht nog geen op bewijsuitsluiting gelijkend beschermingsmechanisme. Een dergelijk mechanisme zou moeten worden ingepast in ons bewijsrecht, dat slechts op hoofdlijnen in de wet is neergelegd en vooral vorm krijgt door jurisprudentie. De vraag of het invoeren van een dergelijk mechanisme mogelijk en nuttig is, behandelen we daarom in twee stappen: past het in het wettelijk systeem (§ 4.3.2), en past het in het aanvullende systeem van bestaande jurisprudentie (§ 4.3.3)?

4.3.2 Past bewijsuitsluiting in het wettelijk systeem?

De eerste vraag bespreken we aan de hand van de volgende casus. Er vindt een aanrijding plaats tussen een scooterrijder en een automobilist. De verzekeraar van de scooterrijder dagvaardt de automobilist, omdat de scooterrijder beweert dat de automobilist na het ongeval het volgende heeft gezegd:

“Wat erg dat je gewond bent! Het spijt me zo; mijn zoon aptte waar ik bleef, ik wilde hem even antwoorden en had niet door dat het stoplicht rood was...”

De geciteerde excuses bevatten meerdere aspecten. De automobilist:

- biedt de scooterrijder zijn excuses aan;
- zegt dat hij al autorijgend een WhatsApp-bericht typte;
- zegt dat hij daardoor niet heeft gezien dat het verkeerslicht voor hem rood was;

⁶³ Zwart-Hink 2017, p. 2803.

⁶⁴ Dergelijk ‘inadmissible’ bewijs kan in beginsel niet worden gebruikt ter onderbouwing van de vordering. Zo sluit § 8(1) van de Hong Kong Apology Ordinance excuses volledig uit als bewijs, met in § 8(2) een hardheidsclausule voor o.m. bewijsnood van het slachtoffer; § 2(3) van de Canadese Apology Act 2009 sluit excuses uit als bewijs van (uitsluitend) schuld en aansprakelijkheid. Rule 409 Federal Rules of Evidence (V.S.) sluit een aanbod tot het vergoeden van medische kosten uit als bewijs voor aansprakelijkheid voor het desbetreffende letsel. *Inadmissible* bewijs kan in de V.S. in *federal cases* overigens wel worden gebruikt als basis voor *pretrial discovery*, zie Rule 26(a)(3) Federal Rules of Civil Procedure.

⁶⁵ Rieme-Jan Tjittes, ‘Sluit aansprakelijkheid voor excuses uit’, *Mr.* 2013, nr. 10, p. 19.

⁶⁰ Zwart-Hink 2017, p. 2803.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 32.

⁶² Zwart-Hink 2017, p. 2803. Voorbeeld ontleend aan Rechtbank Zwolle 6 november 2002, zaaknr. 7194/HA ZA 01-1367 (niet gepubliceerd), waarover J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nummer 1, p. 3.

- d. impliceert dat hij al appende door rood is gereden;
- e. en impliceert dat hijzelf denkt dat het ongeval een gevolg was van omstandigheden b-d.

Bij de vraag of in Nederland alle aspecten van deze excuses kunnen worden beschermd, spelen vier kernbepalingen een rol:

1. de op partijen rustende plicht om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, hierna: 'Rv');
2. de bevoegdheid van de rechter om in elk stadium van de procedure nadere informatie te vragen ten behoeve van de waarheidsvinding (art. 22 Rv);
3. het recht van partijen om bewijs te leveren (art. 6 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, hierna: 'EVRM'); en
4. de vrije bewijsleer (art. 152 lid 2 Rv).

4.3.2.1 De waarheidsplicht

Art. 21 Rv verplicht procespartijen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Voor toepassing hiervan op de excuses van de automobilist is allereerst relevant of de hiervoor genoemde omstandigheden (a-e) alle als feiten kwalificeren. Het antwoord op die vraag is: ja.

In ons burgerlijk procesrecht is datgene een feit, wat geen rechtsregel is. Anders gezegd: wat vatbaar is voor bewijsoverlevering, is een feit. Daartoe horen ook niet zintuiglijk waarneembare toestanden zoals opvattingen, indrukken, gevoelens en psychische gesteldheden.⁶⁶ Door dit ruime feitebegrip kan ook de eigen inschatting van de automobilist dat hij verantwoordelijk is voor het ongeval, een feit in de zin van art. 21 Rv zijn.⁶⁷ De verplichting van art. 21 Rv ziet dan ook op alle informatie die van belang kan zijn voor de gevraagde beslissing.⁶⁸ Dat de automobilist excuses heeft aangeboden, dat hij al rijdend whatsapppte, dat het stoplicht rood was en hij dit niet heeft gezien, en dat hij door rood reed: het zijn allemaal feiten in de zin van art. 21 Rv.

Dan de eigen mening van de automobilist dat de scooterrijder door hem gewond is geraakt (omstandigheid e). Deze kan voor de van de rechter gevraagde beslissing van belang zijn, maar of zij dit ook *is*, is niet in zijn algemeenheid te zeggen.

De term 'waarheid' ziet in de context van de waarheidsplicht namelijk niet op een absolute of formele waarheid: de term ziet op *hetgeen een partij denkt* dat werkelijk is voorgevallen. In het burgerlijk recht⁶⁹ zijn partijen niet verplicht om onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek naar de objectieve waarheid te doen voordat zij naar de rechter stappen; wel moeten zij zorgvuldig alle hun bekende, relevante feiten aanvoeren. Daarbij kunnen zij geheel te goeder trouw van mening verschillen over wat 'de waarheid' is: zij herinneren zich het gebeurde anders, hebben net iets anders verstaan, of hebben een deel van het gebeurde gemist.⁷⁰ De rechter zal daarom in het oog moeten houden dat een mededeling die *subjectief* waar is, niet altijd ook *objectief* klopt.⁷¹

In onze voorbeeldcasus brengt art. 21 Rv mee dat de scooterrijder en diens verzekeraar in de procesinleiding mogen vermelden dat de automobilist zelf denkt het ongeval te hebben veroorzaakt. Ook als achteraf zou blijken dat dit anders ligt, vormt dit geen schending van de waarheidsplicht: zolang hun mededelingen overeenstemmen met de voorstelling die zij van het gebeurde hebben, zijn deze immers subjectief waar. Ook de automobilist die meent het ongeval te hebben veroorzaakt, zal dit in gemoede relevant vinden voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid. In het strafrecht zou hij door het *nemo tenetur*-beginsel⁷² niet hoeven toegeven dat hij meent het ongeval te hebben veroorzaakt; hij mag het zelfs ontkennen. In sommige Angelsaksische rechtssystemen geldt dit beginsel ook in civiele procedures,⁷³ maar in het Nederlands burgerlijk procesrecht niet.⁷⁴ In Nederland kunnen procespartijen gehouden zijn om fei-

⁶⁶ Zie o.m. F.G. Scheltema: *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht* (Publiek- en privaatrecht n° 17), afl. 3, voltooid door Mr. H.J. Scheltema, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 37; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 12-13; Asser Procesrecht/Asser 3 2017/74a.

⁶⁷ Anders, onder verwijzing naar Duits recht: M. Kremer, 'Vooral nog van symbolische betekenis'. De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht, *Advocatenblad* 2003/8, p. 334.

⁶⁸ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/39; Asser spreekt van "een waaier van soorten informatie" (a.w. § 27).

⁶⁹ In het strafrecht en het bestuursrecht is een van partijen een overheidsorgaan dat vanuit zijn publieke taak geacht wordt vóór de uitoefening van overheidsmacht een zorgvuldig feitenonderzoek uit te voeren, onder toepassing van hoor en wederhoor. Zie bijv. Rb Den Haag 22 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13587, rov. 7.5-8.

⁷⁰ A. Hammerstein, 'Te goeder trouw procederen', *RMThemis* 1989, p. 1599-1601; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 5, p. 26. Vgl. R. Korthals Altes, 'In hoeverre rust op de partijen in het proces de plicht mede te werken aan het vinden van de waarheid?', *Bijlage bij het Advocatenblad* van 15 juni 1963, p. 256.

⁷¹ Zo reeds Ph.A.N. Houwing, *De onwaarheid en het privaatrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, 1948, p. 5; Hammerstein 1989, p. 1599-1600. Vgl. J. Eggen, *De beginselen van het burgerlijk bewijs*, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1951 (81) Deel I, p. 11.

⁷² *Nemo tenetur prodere se ipsum* = niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren.

⁷³ Zie bijv. Rule 26 Federal Rules of Civil Procedure (VS), die partijen sinds 2002 alleen verplicht tot spontane *disclosure* van feiten die het standpunt van de partij zelf onderbouwen. Anders: ss 30.08(1) - 30.8(2) Rules of Civil Procedure, RRO 1990, Reg 194 (Canada).

⁷⁴ Met uitzondering van het geval dat een getuige zich met zijn getuigenis blootstelt aan strafrechtelijke veroordeling wegens een misdrijf (art. 165 lid 3 Rv); Rb. Gelderland (Zutphen) 23 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2535, *NJF* 2013/376, r.o. 2.6: geen risico op strafrechtelijke veroordeling = geen verschoningsrecht; Rb. Noord-Nederland (Groningen) 4 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2441, r.o. 2.3: om te waarborgen dat de gefailleerde zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen, bepaalt de rechtbank bepalen dat de door hem te verstrekken inlichtingen uitsluitend mogen worden gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van zijn faillissement.

ten aan te voeren die hun eigen standpunt ondergraven⁷⁵ en mogen zij geen feiten ontkennen die zij weten waar te zijn.⁷⁶ Zowel het actief verkondigen van onwaarheid als het wekken van een onjuiste indruk door informatie weg te laten, schendt de waarheidsplicht.

Zonder excuseswet brengt de waarheidsplicht dus mee dat de scooterrijder zich integraal op gemaakte excuses kan beroepen, én dat de automobilist zich daartegen niet kan verzetten.

In de praktijk zal de rechter er niet altijd achter komen als een partij de waarheidsplicht schendt, maar soms legt de wederpartij de vinger op onjuistheden of komt de rechter door het stellen van vragen discrepanties op het spoor (zie § 4.3.2.2). Constateert de rechter dat de waarheidsplicht is geschonden, dan kan hij daaraan de gevolgen verbinden die hem geraden voorkomen.⁷⁷

4.3.2.2 Rechterlijke waarheidsvinding

Stel, de zaak speelt bij de kantonrechter en de scooterrijder noemt de excuses niet in zijn procesinleiding, maar stelt slechts dat de automobilist al append door rood reed. De automobilist verschijnt pas ter zitting en voert mondeling verweer. Een van de eerste vragen die de kantonrechter aan ieder zal stellen, is “Vertelt u eens, wat is er volgens u precies gebeurd?” Als hem in de verhalen die volgen iets onduidelijk is, mag hij partijen daarover in alle gevallen en in elke stand van de procedure nadere vragen stellen en partijen bevelen om stukken over te leggen (art. 22 Rv). De rechter kan⁷⁸ dus ook zonder aansporing van partijen maatregelen nemen om tegenstrijdige beweringen op te helderen.⁷⁹ Aan een weige-

ring om mee te werken, kan de rechter de gevolgtrekking verbinden die hem geraden voorkomt.

Voor bewijs is nodig dat de rechter tot de overtuiging raakt dat de te bewijzen feiten waar zijn.⁸⁰ Als de excuses tijdens de zitting ter sprake komen, kan de rechter tot de overtuiging komen dat de automobilist heeft gezegd dat hij al append door rood reed. Zonder wet die de integrale excuses als bewijs uitsluit, kan de rechter mede op grond daarvan tot de overtuiging komen dat de automobilist het ongeval heeft veroorzaakt, zodat hij jegens de scooterrijder aansprakelijk is. Overigens zal de rechter die overtuiging waarschijnlijk niet door de aangeboden excuses krijgen, maar door de feiten die de automobilist ermee bevestigt.

Er is nog een tweede moment tijdens de zitting waarop de excuses ter sprake kunnen komen. Rechters worden namelijk geacht om waar mogelijk het werkelijke conflict achter het juridische geschil te achterhalen en partijen te begeleiden bij het vinden van een (deel)oplossing.⁸¹ Het alsnog bewerkstelligen van emotionele genoegdoening voor een slachtoffer kan zo'n oplossing zijn. Als een excuseswet tot gevolg heeft dat de rechter niet meer met partijen over (de) excuses kan spreken, staat de wet aan zijn eigen doel in de weg.

4.3.2.3 Het recht op bewijslevering

De *plicht* tot het inbrengen van informatie die relevant is voor de van de rechter gevraagde beslissing van art. 21 Rv, sluit naadloos aan bij het *recht* dat art. 6 EVRM partijen geeft om dergelijke informatie in het geding te brengen.⁸²

“45. The Court recalls that the principle of equality of arms – one of the elements of the broader concept of fair trial – requires that each party should be afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis his or her opponent (...).

75 De plicht strekt zich volgens vaste rechtspraak ook uit tot feiten die voor de eigen positie in de procedure ongunstig kunnen zijn, maar wel kunnen bijdragen aan het gelijk van de wederpartij, en waarvan de partij wist of behoorde te weten dat de wederpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn, zie o.m. HR 12 juni 1953, NJ 1954/61; HR 4 oktober 1996, NJ 1998/45 (*Goosen/Goosen*); Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:396, r.o. 12.33 en 12.3.4; Hof Arnhem-Leeuwarden (Leeuwarden) 14 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4138, r.o. 5.11-5.13; Hammerstein 1989, p. 1606; C.J.A. Seinen, ‘De waarheidsplicht van art. 21 Rv en de voor de beslissing relevante feiten’, *TvPP* 2020/2.

76 Korthals-Altes 1963, p. 259; *Star Busmann/Rutten* 1972 § 208; Hammerstein 1989, p. 1600-1601; C.J.M. Klaassen, ‘Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van art. 21 NRV’, *NJB* 2002/30 (p. 1453); A-G Spier in zijn conclusie voor HR 12 september 2008 (*Brampton/Allianz*), ECLI:NL:HR:2008:BD6028, *RvdW* 2008/843 (81 RO), onder 3.3.1; G. de Groot, *Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht*, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 142, 2012-I, p. 58. Impliciet ook H.M. ten Haaf 2002, ‘Knelpunten nieuw procesrecht’, *TCR* 2002/3, p. 66, rechterkolom. Vgl. M.E. Storme, *De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht*, *TPR* 1990, p. 429.

77 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10377, nr. 3, § 5; *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 855, nr. 5, p. 25-26. Zie nader: C.J.A. Seinen, ‘De gevolgtrekking die hij geraden acht. Sancties op schending van de waarheidsplicht’, *TCR* 2014/3 en *TCR* 2020/1.

78 Met Ahsmann en De Bock menen wij dat deze bevoegdheid tot opheldering steeds meer een plicht wordt (M.J.A.M. Ahsmann, ‘Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling’, *TvPP* 2017/2 § 4; R.H. de Bock, *Feitenonderzoek tijdens de mondelinge behandeling*, in: G. de Groot en R. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Boom: Den Haag, 2019, § 5).

79 *Star Busmann/Rutten* 1972 § 208 en 248; *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/76.

80 *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/264.

81 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 4. Zie o.m. S. Dijkstra, ‘De rechter nieuwe stijl’, *NJB* 2014/674; Bauw 2016; en in het themanummer van *Recht der Werkelijkheid* 2017 (38) 2: W. van Rossum en R. Verschoof, ‘De civiele rechter als problem solver’, p. 51 e.v., L.M. Coenraad, ‘Forum. Het oplossen van problemen van rechtzoekenden en samenleving behoort niet tot het domein van de rechter’, p. 131 e.v., en S. Verberk, ‘Reactie. Rechtspraak en het oplossen van maatschappelijke problemen’, p. 136 e.v.; Rits Bakker, ‘Maatschappelijk effectieve rechtspraak’, blog op www.njb.nl. Zie ook de SSR Competenties en niveaubeschrijvingen t.b.v. de RIO-opleiding van november 2016: een competente rechter “vindt waar mogelijk kansen en mogelijkheden voor (geschil) oplossingen. Schept waar mogelijk voorwaarden om het geschil te beperken of om partijen bij elkaar te brengen.” (p. 6); “Benoemt de problemen en punten waarover beslist moet worden, bewerkstelt waar mogelijk compromissen, vergaart alle benodigde informatie over deze punten en sluit vervolgens de discussie.” (p. 7).

82 Zie ook De Bock 2011, § 2.5 en 2.8; Asser 2015, p. 311. Beperkt: *Asser Procesrecht/Asser* 3 2013/68 en 211. Vgl. over het recht om informatie te verschaffen in het administratieve proces B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, 1987, § 7.3, p. 302. Anders: *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/89, noot 7.

46. The concept of a fair hearing also implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision (...).⁸³

De Hoge Raad las in het begrip 'eerlijk proces' van art. 6 EVRM overigens al in 1998 dat partijen alle feiten en omstandigheden, welke naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beslissing van hun geschil, vrijelijk ter kennis van de rechter moeten kunnen brengen.⁸⁴ Een (excuses)wet die dit recht beperkt, staat hiermee dus op gespannen voet.

4.3.2.4 De vrije bewijsleer

Zelfs als partijen niet zelf over de gemaakte excuses beginnen, is het maar de vraag hoe een wet kan voorkomen dat de rechter ze in het gesprek met partijen op het spoor komt. Hoe zal de rechter omgaan met het gegeven dat de automobilist zich vervolgens beroept op een wet die zijn excuses van het bewijs uitsluit? Een dergelijk beroep geeft grond aan het vermoeden dat die excuses voor de automobilist nadelige informatie bevatten, welk vermoeden de waardering van het overige bewijs door de rechter kan beïnvloeden. Aan alle feitelijke gegevens die partijen hebben ingebracht of die anderszins in het geding kenbaar zijn geworden (bijvoorbeeld: door eigen waarneming), mag de rechter namelijk de bewijskracht hechten die hem goeddunkt, tenzij de wet – in zeldzame gevallen – anders bepaalt.⁸⁵ De wetgever acht het schiften van bewijsmiddelen onverenigbaar met het maatschappelijke belang dat de rechter zoveel mogelijk beslist op grond van de materiële waarheid.⁸⁶

4.3.3 Past bewijsuitsluiting in het bestaande systeem van jurisprudentie?

Als een wet excuses als bewijsmiddel zou uitsluiten, verworden excuses tot een vorm van onrechtmatig bewijs: hoewel rechtmatig verkregen, mag men zich er niet op beroepen. Dit verbod staat haaks op de vaste jurisprudentie op grond waarvan de rechter zelfs *onrechtmatig* verkregen bewijs meeweegt. Deze jurisprudentie berust zowel op het hiervoor genoemde algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, als op het belang van partijen om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken. Tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden, wegen deze belangen zwaarder dan het belang van

uitsluiting van bewijs.⁸⁷ In de praktijk weegt de rechter onrechtmatig (verkregen) bewijs daarom vrijwel altijd mee.⁸⁸

5. Analyse

Ook in Nederland leeft enerzijds de notie dat het aanbieden van excuses juridische consequenties kan hebben, en anderzijds het besef dat excuses en openheid over een schadeveroorzakende gebeurtenis een bijdrage kunnen leveren aan het welzijn van slachtoffers. Hiervoor stipten wij al aan dat de (ervaren) obstakels rondom het spontaan aanbieden van excuses, waarvoor in *commom law* landen een oplossing is gezocht in het invoeren van excuseswetgeving, hier in zekere zin dezelfde zijn.

In deze paragraaf noemen wij enkele redenen en mogelijkheden die wij zien om excuseswetgeving in Nederland in te voeren. Dit doen wij wederom in de volgorde van minst tot meest vergaande variant van excuseswetgeving.

5.1 *Lessen uit Canada: excuses geen invloed op verzekeringsdekking*

Excuseswetten die bepalen dat aangeboden excuses geen invloed hebben op de verzekeringsdekking, zijn het Canadese antwoord op bedingen in verzekeringspolissen die verzekerden verbieden om aansprakelijkheid te erkennen. Verder vormen excuses in Canada volgens vaste jurisprudentie⁸⁹ een uitzondering op de *rule against hearsay*, die beperkingen stelt aan de toelaatbaarheid als bewijs van niet ter zitting gedane uitlatingen. Excuses vormen vaak een sterk bewijsmiddel in aansprakelijkheidsprocedures, voor zover zij een erkenning van bepaalde feiten inhouden.⁹⁰ In deze context krijgt de keuze van de Canadese wetgever om te benadrukken dat het aanbieden van excuses geen gevolgen heeft voor de verzekeringsdekking des te meer betekenis: het aanbieden van excuses wordt gestimuleerd zonder de bewijspositie van het slachtoffer aan te tasten.

Het Nederlandse antwoord op dergelijke verzekeringsbedingen biedt als gezegd geen bescherming voor erkenningen van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld als onderdeel van volledige excuses) die achteraf onjuist blijken te zijn. Dit betekent dat de verzekerde in feite wordt geacht voorafgaand aan het aanbieden van excuses zelf in te schatten of hij daadwerkelijk aansprakelijk is. Verzekerden in onzekere si-

83 EHRM 4 juni 2002 (*Komanicky v. Slovakia*), app.no. 32106/96, § 45–46. Zie ook EHRM 12 december 2013 (*Zagrebačka Banka D.D. v. Croatia*), app.no. 39544/05, § 196–197.

84 HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, NJ 1998/554, m.nt. W.D.H. Asser, r.o. 3.3.

85 *Kamerstukken II* 1969–1970, 10377, nr. 3, p. 9; art. 152 Rv. Het beginsel dat de rechter vrij is in de waardering van de bewijsmiddelen geldt ook in het strafprocesrecht, zie nader M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, § XVI.12.

86 *Kamerstukken II* 1969–1970– 10377, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 26 855, 1999–2000, nr. 5, p. 25; *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/53–54.

87 Vaste jurisprudentie, zie o.m. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78, m.nt. H.J. Snijders; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans.

88 Zie hierover nader M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, diss. RUG 1999; M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, (diss.) Deventer: Kluwer, 2003; *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/143–148; I. van der Helm, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *TvPP* 2014/6.

89 *R v Evans*, [1993] 3 SCR 653, 108 DLR (4th) 32; *Hutchinson v R L Macdonald Investments Limited*, 2018 NSSC 248 at 44.

90 Hamish Stewart et al., eds, *Evidence: A Canadian Casebook*, 2nd ed (Toronto: Edmond Montgomery Publications Ltd, 2006) at 196–197; Claire Truesdale, 'Apology Accepted: How The Apology Act Reveals The Law's Deference To The Power Of Apologetic Discourse', (2012) 17 *Appeal* 86.

tuaties zelf die afweging laten maken, bevordert allerm minst dat zij na een schadeveroorzakende gebeurtenis onbezorgd open zijn over wat er is gebeurd en excuses aanbieden aan de benadeelde. Een aanscherping van de bescherming die art. 7:953 BW biedt, bijvoorbeeld op de leest van de Canadese excuseswet, zou de nodige duidelijkheid kunnen scheppen.

5.2 *Lessen uit het Verenigd Koninkrijk: excuses zijn geen erkenning van aansprakelijkheid*

In sommige landen bieden excuseswetten in de variant waarin wordt bevestigd dat excuses geen erkenning van aansprakelijkheid inhouden een oplossing voor een echt probleem, namelijk dat excuses juridisch daadwerkelijk een erkenning van aansprakelijkheid kunnen inhouden. In het Verenigd Koninkrijk bestond dit probleem – net als in Nederland – juridisch niet, maar is desondanks een excuseswet ingevoerd, omdat maatschappelijk misverstanden bestonden over de inhoud van het recht. De wettelijke bevestiging van het geldende recht moet het voor een vermeende schadeveroorzaker makkelijker maken om sympathie te tonen richting het slachtoffer.

Ook in Nederland is het niet ongebruikelijk dat een wet bevestigt wat al rehtens is.⁹¹ Toch is de invoering van een dergelijke wet niet zonder haken en ogen. Zo kan onduidelijkheid ontstaan over de vraag welke uitingen onder 'excuses' in de zin van de wet vallen. Een wet die (slechts) wil bevestigen dat excuses geen erkenning van aansprakelijkheid inhouden, moet voor een breed publiek begrijpelijk zijn en dus eenvoudig worden geformuleerd. Die eenvoudige formulering kan (voor en tijdens procedures) echter ook vragen oproepen: houden alleen woorden als "sorry" en "het spijt mij" geen erkenning in? Kan een erkenning van verantwoordelijkheid onderdeel van excuses als bedoeld in de wet zijn? En hoe zit dat met erkende feiten die met verontschuldigende woorden gepaard gaan? Dergelijke vragen zouden zomaar weer tot de terughoudendheid kunnen leiden die de bepaling nu juist moet voorkomen. In theorie zouden bevestigende wetsbepalingen het beleevingsprobleem zelfs kunnen verergeren. Helaas is er nog geen onderzoek gedaan naar de effectiviteit van dergelijke bepalingen. Zolang er geen tastbare aanwijzingen zijn dat zij het beleevingsprobleem verminderen, pleiten wij daarom niet voor de invoering van een dergelijke bepaling.

5.3 *Bewijsuitsluiting: onwenselijk*

Uit § 4.3 volgt dat een wet die het mogelijk maakt excuses als bewijs uit te sluiten, moeilijk verenigbaar is met ons bewijsrecht. Los daarvan is het maar de vraag of een dergelijke regeling het gewenste effect zal hebben: doorgaans weegt

de civiele rechter ook onrechtmatig verkregen bewijs gewoon mee in zijn oordeel.

Dat een wet tot bewijsuitsluiting niet strookt met geldend recht, hoeft geen onoverkomelijk obstakel te zijn: een dergelijke wet zou daarop immers uitzonderingen kunnen formuleren. Wij zien echter nog een obstakel. Een wettelijke regeling die de rechter afhoudt van voor zijn beslissing relevante feiten, staat op gespannen voet met een van de basisbeginselen van Nederlands procesrecht: het uitgangspunt dat rechterlijke uitspraken zoveel mogelijk gebaseerd moeten zijn op de werkelijkheid.

Het inzicht dat een goede rechtsbedeling slechts mogelijk is als de rechter weet wat zich werkelijk tussen partijen heeft afgespeeld,⁹² is niet nieuw⁹³ en beperkt zich noch tot het privaatrecht,⁹⁴ noch tot onze landsgrenzen.⁹⁵ De norm dat een geding in ieder geval zoveel mogelijk op basis van werkelijkheid behoort te worden beslist, brengt mee dat de rechter zich moet inspannen om zijn beslissing op grond van de werkelijke situatie te nemen. Het belang van waarheidsvinding is bovendien verankerd in art. 6 lid 1 EVRM: het recht op een eerlijk proces houdt ook in dat de feiten die in geschil zijn en relevant zijn voor de beslissing, naar waarheid worden vastgesteld.⁹⁶

In de literatuur en jurisprudentie genieten deze uitgangspunten brede instemming.⁹⁷ Vanuit het materiële recht bezien, zijn ze ook vanzelfsprekend: aanspraken die niet stroken met de werkelijkheid, worden niet door het civiele recht

91 Al jaren voordat Nederlandse zorgaanbieders in 2016 met de invoering van art. 10 lid 3 Wet klachten en geschillen zorg (Wkkgz) wettelijk verplicht werden tegenover patiënten open en eerlijk te zijn over medische incidenten, was het open en eerlijk communiceren in de praktijk onderdeel geworden van de professionele standaard. Zie B.S. Laarman, 'De professionele standaard: wat is een open en eerlijke reactie na een medisch incident?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2017 (41) 4-5, p. 353-354. Zie tevens Zwart-Hink 2017, p. 2801.

92 Vgl. *Kamerstukken II* 26 855, 1999-2000, nr. 5, p. 25; *Kamerstukken I* 2001-2002, 26 855, nr. 16, p. 23; *Kamerstukken I* 2001-2002, 26 855, nr. 16b, p. 4; Minister Korthals tijdens het overleg d.d. 4 december 2001, *Handelingen I* 10-507. Vgl. Cleiren, De Bock & Klaassen 2001, p. 69; De Bock 2011, § 2.1 en 2.4; *Asser Procesrecht/Asser* 3 2013/75; G. Lewin, 'Rechtspraak naar waarheid: een morele plicht?', *NJB* 2012/1901; *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/1.2.6; C.J.M. Klaassen, 'De civiele procedure volgens 'KEI'', *RMThemis* 2016/2, § 12, p. 84.

93 Zie o.m. de Preadviezen aan de NJV van Moltzer 1904, p. 38-39; Caroli 1907; Star Busmann 1915, p. 152; Nolst Trenité 1915, p. 192; Haardt 1951, p. 62. Vgl. Minister Regout bij de installatie van de Staatscommissie-Gratama 1920, Deel I, p. IV; Staatscommissie-Gratama, Deel II, p. 5 en 16-17; K. Grossmann, 'Bestaat er een plicht der partijen in het Neerlandsch burgerlijk proces hare verklaringen naar waarheid af te leggen?', *RMThemis* 1935, p. 507-508 en 517; Van Soest 1940, p. 58; *Star Busmann/Rutten* 1972 § 208 en 248; Veegens 1973, p. 19; Minister Korthals in *Kamerstukken I* 2001-2002, 26 855, nr. 16, p. 22.

94 Vgl. CDA-fractie EK, VV, *Kamerstukken I* 2000-2001, 26 855, nr. 250a, p. 7; Brief van de Minister d.d. 5 februari 2007 bij toezending van het eindrapport van de fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 951, nr. 1, p. 8, § 9; De Bock 2011, p. 41.

95 Zie o.m. art. 138 ZPO; art. 6 en 11 NCPC/art. 8 en 10 CPC. Volgens § 109 van de Commentary on the Bangalore Principles (2007) "a judge has not only pledged to serve the ideals of justice and truth on which the rule of law and the foundations of democracy are built, but also to embody them."

96 Vgl. *Kamerstukken II* 26 855, 1999-2000, nr. 5, p. 24; De Groot 2012, p. 68.

97 Zie met veel nadere verwijzingen o.m. De Bock 2011, § 2.6; W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht', in: *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, § 9.3.2.2; *Hammerstein/Asser/De Bock*, Adviesrapport Modernisering burgerlijk bewijsrecht, § 8. Kritisch: Giesen, die waarheidsvinding 'slechts' een basisvoorwaarde noemt zonder welke het civiele proces niet eerlijk kan zijn (*Asser/Giesen* 2015, nr. 89) en Van Schaick (*Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/93) die benadrukt dat waarheidsvinding slechts één van de belangen in de procedure is.

beschermd en zijn rechtens niet afdwingbaar (art. 3:303 en 3:13 BW).⁹⁸

In deze context wijzen wij ook op een gevaar dat het als ontoelaatbaar bewijs schrappen van passages uit verklaringen in zich draagt: het verwijderen van een deel van de context (zoals bijvoorbeeld gebeurde in de in § 3.3 aangehaalde Canadese zaak *Robinson v. Cragg*) kan de betekenis van de overgebleven passages vertroebelen.⁹⁹ Gedeeltelijke toelaatbaarheid van excuses klinkt wellicht als een sympathieke middenweg tussen uitsluiting en toelaatbaarheid; het kan de waardering van het bewijs door de rechter ernstig bemoeilijken.

Bovendien beoogt excuseswetgeving vooral het welzijn van het slachtoffer en verzoening tussen betrokkenen te bevorderen. Wanneer het veroorzakers wordt toegestaan bepaalde uitingen met een beroep op dergelijke wetgeving buiten een gerechtelijke procedure te houden, zorgt dat er wellicht voor dat zij minder weerstand voelen tegen het aanbieden van excuses. Aan de andere kant zal het ontkennen van eerdere vriendelijke woorden noch het welzijn van het slachtoffer bevorderen, noch tot verzoening leiden. Initiatieven om excuses als bewijs uit te sluiten, vinden wij ook daarom onwenselijk.

5.4 Nader onderzoek

Samengevat zien wij mogelijkheden om de Nederlandse wet te verrijken met excusesbepalingen zoals die in Canada en/of het Verenigd Koninkrijk zijn ingevoerd, maar menen wij dat nader onderzoek nodig is naar de effectiviteit van dergelijke bepalingen.

Op de uitgangspunten van het weinige onderzoek dat tot nu toe naar de effecten van ingevoerde excuseswetgeving is gedaan, valt naar onze mening veel af te dingen. In die onderzoeken, en overigens ook in de literatuur waarin over nut en noodzaak van excuseswetgeving is geschreven,¹⁰⁰ wordt steeds verondersteld dat het (achterliggend) doel van excuseswetgeving de afname van het aantal gerechtelijke procedures en verlaging van uit te keren schadevergoedingsbedragen zou moeten zijn. Echter, waar schade is veroorzaakt door een fout, is het legitiem dat deze wordt vergoed. Waarom zou iemand die excuses ontvangt, van een legitieme aanspraak op schadevergoeding af moeten zien? Hier worden twee dingen door elkaar gehaald die weliswaar in de praktijk met elkaar verbonden zijn, maar qua aard fundamenteel verschillen. Excuses zijn een niet-financiële remedie voor behoeften die primair niet-financieel van aard zijn, schadevergoeding is een financiële remedie voor behoeften die primair financieel van aard zijn.¹⁰¹ Voor een op-

timaal herstel van het slachtoffer is noodzakelijk dat wordt tegemoetgekomen aan beide categorieën behoeften. De-escalatie van procedures zien wij ook als een nastrevenswaardig doel, in tegenstelling tot de vermindering van het aantal aanspraken op schadevergoeding *an sich*. De-escalatie van de procedure als effect van excuses is denkbaar en wenselijk, maar empirisch nog niet aangetoond.

Kortom: voor de Nederlandse situatie zien wij het meeste heil in onderzoek naar het effect van excuseswetgeving op het welzijn van het slachtoffer en op de mate waarin die wetgeving bijdraagt aan verzoening danwel de-escalatie van procedures, en naar de vraag of wetgeving leidt tot meer kennis bij schadeveroorzakers en hun verzekeraars over wat niet en (vooral) wel mag worden gezegd na een schadeveroorzakende gebeurtenis.

⁹⁸ De Groot 2012, § 3.1.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld de zaak *Strout v. Central Maine Medical Center*, 2014-ME-77 die zich afspeelde in de Verenigde Staten (Maine).

¹⁰⁰ Bijvoorbeeld Jonathan R. Cohen, 'Legislating Apology: the Pros and Cons', *University of Cincinnati Law Review* (2002), vol. 70, p. 820.

¹⁰¹ Immateriële schadevergoeding zijn wij als een tussenvorm die een tegemoetkoming poogt te bieden voor immaterieel leed waarvoor geen passende immateriële tegemoetkoming kan worden geboden.